



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Górriz López, Carlos. Acuerdo extrajudicial de pago. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 136-161. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21077>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ*

Resumen

El acuerdo extrajudicial de pagos es una institución preconcursal cuya finalidad es, de un lado, evitar el concurso de acreedores y, de otro, descargar de trabajo a los tribunales españoles. Desafortunadamente su impacto práctico ha sido mínimo. En este artículo se analiza su régimen jurídico para poner de relieve los aspectos que desincentivan su utilización y aquellos otros que deberían corregirse en aras de la seguridad jurídica.

Contenido

1. Introducción. – 2. Regulación. – 3. Estatuto jurídico del mediador concursal. – 3.1. Acceso a la profesión. – 3.2. Remuneración. – 4. Actuación del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.1. Inicio del procedimiento. – 4.2. Nombramiento del mediador concursal. – 4.3. Convocatoria a una reunión sobre un plan de pagos. – 4.4. Plan de pagos o de dación en pago. – 4.5. Acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.6. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.7. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo (art. 241 LC). – 4.8. Concurso consecutivo. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo extrajudicial de pagos es una institución preconcursal de reciente creación cuya finalidad es conseguir que el deudor y los acreedores lleguen a un compromiso respecto del pago de la deuda que evite el concurso del primero. Se establece una negociación para conseguir que los acreedores condonen una parte del pasivo, concedan un mayor plazo para cobrar o acepten bienes o derechos en pago de las deudas. Uno de los principales protagonistas de esta figura es el mediador concursal, de ahí que también se la conozca como “mediación concursal”. También tiene por finalidad aligerar la carga de trabajo de los jueces y tribunales españoles. Por eso se configura como un procedimiento preconcursal y extrajudicial.

La naturaleza y el régimen jurídico de la institución suscitan dudas. Se debate si se puede reconducir a la mediación pues, pese a las referencias legales a ella, se aparta de las notas que caracterizan este medio alternativo de resolución de conflictos. Por ejemplo, las partes no designan al mediador concursal sino que es un registrador mercantil o un notario quien lo hace. Igual sucede con su actuación, pues corresponde al mediador hacer la propuesta de planes de pagos y de viabilidad del deudor así como controlar el cumplimiento del acuerdo, en caso de que se apruebe. Resulta también

* Profesor titular de Derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona

relevante el hecho de que deba solicitar la declaración de concurso del deudor en determinadas circunstancias y que se convierta en el administrador concursal del concurso consecutivo. Asimismo, su remuneración no es libre sino que vendrá fijada por un tercero de acuerdo con criterios objetivos fijados legalmente. Estas circunstancias han llevado a autorizadas opiniones a negar que se trate de una mediación¹.

Por otra parte, existen diversos aspectos de su régimen que desincentivan el recurso a esta institución preconcursal y explican que no haya tenido éxito en la práctica. Entre ellas destaca la exclusión de los consumidores de este procedimiento prejudicial y la conversión del mediador en administrador concursal. Tampoco ayudan el hecho de que no afecte a los créditos de Derecho público y que los titulares de créditos con garantía real puedan sustraerse al arreglo, así como los límites existentes a la propuesta de acuerdo. Por eso, sería necesaria la revisión de su régimen jurídico a fin de facilitar su utilización. Se perdió una oportunidad durante los trabajos legislativo del Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Diversos grupos parlamentarios presentaron enmiendas para revisar la regulación de la figura pero no prosperaron. Esperemos que exista mejor suerte en la tramitación del Proyecto de Ley de medidas urgentes en materia concursal.

2. REGULACIÓN

La mediación concursal se encuentra regulada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Aunque existen preceptos a lo largo de todo su articulado que se refieren a ella, como los arts. 3 o 5 bis y las DD.AA. 7.^a y 8.^a, su hábitat principal es el Título X, rubricado “El acuerdo extrajudicial de pagos” (arts. 231 a 242). Estos preceptos no formaban parte de la versión original de la norma. Fueron introducidos por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que dedica su Capítulo V al acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 21 y 22). Su preámbulo explica que la voluntad es introducir un cambio en la cultura empresarial

¹ Por ejemplo PULGAR EZQUERRA, J.: “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, en *Especial emprendedores, las leyes que los apoyan*, La Ley, Madrid, 2013; PULGAR EZQUERRA, J.: “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2013, 13/38; PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 54, 2014; PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)”, en *Diario La Ley*, núm. 8271, de 14.3.2014, 12/18; SENÉS MOTILLA, C.: “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 1 núm. 1, 2014; AGÜERO ORTIZ, A.: “El mediador concursal como administrador concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2014, 273 ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, 93 s.; SANJUAN Y MUÑOZ, E.: “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, en *Diario La Ley*, núm. 8230, de 16.1.2014 y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 8225, de 9.1.2014.

española a fin de que los fracasos económicos sean un medio para aprender y permitan a los emprendedores iniciar un nuevo proyecto.

A efectos de precisar su ámbito de aplicación, interesa destacar que no afecta a los créditos de Derecho público. En efecto, el art. 231.5 y la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Concursal los excluyen del acuerdo extrajudicial de pagos. No sucede lo mismo, en principio, con los que cuentan con una garantía real pues puede afectarles el arreglo. No obstante, para ello es necesario que sus titulares se adhieran a la negociación informando expresamente al mediador concursal de su voluntad de intervenir en el arreglo (arts. 231.5 y 234.4). Estas dos previsiones desincentivan el recurso a esta figura, pues es frecuente que la parte principal del pasivo esté formada por créditos de titularidad pública o dotados de garantía real².

Supletoriamente deviene aplicable la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles³. Esta afirmación se sustenta en la premisa de que la mediación concursal constituye una verdadera hipótesis de mediación, con lo cual deberá ser revisada si negamos la mayor⁴. En la misma clave, interesa referirse al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, pues desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012. En particular, profundiza en la formación del mediador, en la publicidad registral, en el aseguramiento de la responsabilidad y en el procedimiento simplificado por medios electrónicos. Su importancia en la materia no es desdeñable, pues incluye al mediador concursal dentro del régimen de la mediación al desarrollar la Ley 5/2012. Por lo tanto, sirve de apoyo a la tesis que mantiene que el acuerdo extrajudicial de pagos puede reconducirse a la figura general de la mediación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que algunas Comunidades Autónomas han legislado en materia de mediación por lo que surge la duda de si sus normas pueden devenir aplicables a la mediación concursal. Es el caso, por ejemplo, de Cataluña cuya Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado establece los requisitos para ser mediador y regula sus colegios profesionales. La remisión del art. 2 del Cco. al Derecho común fundamenta la respuesta positiva puesto que el último comprende también el Derecho autonómico. No obstante, interesa subrayar que la Ley Concursal no acostumbra a contener una remisión general a la disciplina de la mediación sino concreta a la Ley 5/2012. Así sucede respecto de los dos extremos señalados. Al regular el nombramiento del mediador concursal, el art. 233 se remite específicamente a esta norma. Y lo mismo sucede con la colegiación: la elección del mediador deberá realizarse a partir del listado previsto en el Registro de Mediadores e

² El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya propuso modificar el art. 231.5 a fin de excluir también los créditos laborales. No prosperó (Enmienda núm. 95, en *BOCG*. Senado. Núm. 392, de 8.9.2014, p. 63).

³ En contra de la aplicación supletoria, SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos ...”, cit., 58. Niega que el acuerdo extrajudicial de pagos sea asimilable a la mediación. A su entender, la aplicación de la Ley 5/2012 afecta únicamente a los requisitos para ser mediador.

⁴ Incorpora la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por razones cronológicas, la transposición se llevó a cabo inicialmente mediante el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que fue sustituido cuatro meses más tarde por la Ley 5/2012.

Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, cuya Sección segunda tiene por objeto la inscripción de los mediadores concursales⁵. Además, la naturaleza preconcurso de la figura y el hecho de que esté regulada en la Ley Concursal obliga a acudir a esta norma con carácter preferente al resolver las lagunas. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la normativa autonómica sobre mediación será mínimo.

3. ESTATUTO JURÍDICO DEL MEDIADOR CONCURSAL

3.1. Acceso a la profesión

Conviene analizar con detenimiento el estatuto jurídico del mediador concursal pues presenta ciertas singularidades respecto del régimen general. Esencialmente se refieren a los requisitos para acceder a esta profesión y a la retribución⁶. Respecto de los primeros el precepto clave es el art. 233.1, cuyo párrafo segundo reza: “El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27”⁷. Por lo tanto, deberá tener las condiciones subjetivas para ser mediador y para ser administrador concursal.

Las primeras aparecen previstas en el art. 11 de la Ley 5/2012. En primer lugar, exige a las personas físicas que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles. También se permite que las personas jurídicas sean mediadores, pero deberán designar una persona natural para el ejercicio de la labor y ésta deberá reunir los requisitos exigidos por la ley para los mediadores “naturales”⁸. En segundo término, deberá estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior. Tercero, debe haber realizado uno o varios cursos de formación específica para el

⁵ Art. 13 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ahora bien, los artículos 24 y 25 del RD exigen la coordinación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación con los autonómicos que puedan existir.

⁶ El régimen de responsabilidad del mediador concursal genera dudas puesto que no existe ninguna previsión especial al respecto y los del administrador concursal y del mediador no coinciden. FERNÁNDEZ PÉREZ (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292 (abril - junio), 2014, 415 ss.) mantiene que debe aplicarse el primero dado que la labor del mediador concursal va más allá de la simple mediación al imponérsele funciones propias del administrador concursal. No obstante, para ello habría que negar que el mediador concursal fuera un verdadero mediador.

⁷ Interesa añadir que el art. 233.1 LC se remite al régimen de los expertos independientes para cubrir las lagunas en el régimen de nombramiento de expertos independientes. Adquirirán así eficacia los arts. 338 ss. RRM.

⁸ De ahí que BARONA (*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230) afirme que la persona jurídica se encarga de administrar la mediación, mientras que es la persona física quien lleva a cabo su labor. En cambio Luis CAZORLA considera que sólo caben dos posibilidades en el caso de la persona jurídica: una sociedad profesional o una sociedad de profesionales. Mientras que la primera actuaría como mediador directamente, la segunda sería un intermediario, siendo sus socios los que prestaran el servicio. Por eso considera incoherente exigir la designación de una persona física que represente a la sociedad, puesto que no es necesario en el caso de la sociedad profesional. Véase la entrada “El mediador persona jurídica: ¿Sociedad Profesional?” en *El blog jurídico y docente de Luis Cazorla*. Última consulta: 29.12.2014).

desarrollo de la labor de mediación, impartidos por instituciones legalmente acreditadas⁹. Por último, debe tener un seguro u otra garantía suficiente que cubran la indemnización de los daños y perjuicios que puede generar con su actividad¹⁰.

El artículo 27 LC establece los requisitos para devenir administrador concursal¹¹. En el momento de cerrar este artículo (29 de diciembre de 2014), se exige que sea abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con cinco años de ejercicio efectivo como mínimo, y especialización en el ámbito concursal; o, al menos, formación especializada en el caso de los abogados¹². También pueden ser administradores concursales las personas jurídicas, pero será necesario que integren, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y que se garantice la debida independencia y dedicación al desarrollo de la actividad de administrador concursal.

En consecuencia, el mediador concursal debe ser un abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con al menos cinco años de profesión, especializado en el ámbito concursal, que haya hecho los necesarios cursos de formación para adquirir conocimientos y habilidades propios de la mediación y que tenga cubierta su responsabilidad civil por medio de un seguro o garantía suficiente.

Se suscitan dos cuestiones más. La primera es el número de mediadores concursales. La razón es que el Título X de la Ley Concursal se refiere a una única persona, aunque excepcionalmente puedan ser dos. En cambio la Ley 5/2012 prevé la posibilidad de varios mediadores (simultáneos) en la solución de un mismo conflicto (art. 18). No obstante, la solución debe ser la unidad. La razón es que el legislador apostó por ella en el cargo de administrador concursal desde la reforma de 2011 por una razón de costes y de agilización del funcionamiento de la institución y el marco de actuación del mediador concursal es el acuerdo extrajudicial de pagos, regulado en la Ley Concursal¹³. Además, hay que tener en cuenta que en caso de que no se alcance un

⁹ Al respecto véase los artículos 3 a 7 del RD 980/2013.

¹⁰ De nuevo el régimen del seguro obligatorio de la responsabilidad civil del mediador concursal genera dudas dado que existen normas específicas para el administrador concursal y para el mediador. En cuanto al primero, tiene eficacia el RD 1333/2012, de 21 de septiembre. Respecto del mediador, el RD 980/2013 disciplina el seguro en sus arts. 26 a 29. En caso de conflicto debe otorgarse preferencia al RD 1333/2012 dado que, en caso de que se declare el concurso consecutivo, el mediador concursal se convertirá en administrador concursal.

¹¹ Conviene prestar atención al art. 28 que regula las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones. Por otra parte, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid se plantearon si es necesario que el candidato a mediador esté inscrito en las listas del colegio correspondiente como administrador concursal. Llegaron al acuerdo de que ese requisito no era necesario para ser designado mediador concursal, pero sí para poder ser nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo. Véase las Conclusiones a las que llegaron en la reunión de 11 de octubre de 2013.

¹² El régimen expuesto ha sido modificado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. El nuevo artículo 27 establece esencialmente que la administración concursal estará formada por un único miembro y que se designarán personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y hayan declarado su disponibilidad para ser nombrados administradores concursales. No establece los requisitos para inscribirse sino que se remite al correspondiente desarrollo reglamentario. La Disposición Transitoria 2.ª mantiene en vigor el régimen derogado hasta que entre en vigor el Reglamento que establezca los requisitos para ser administrador concursal.

¹³ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

acuerdo extrajudicial de pagos o se incumpla se declarará el concurso (consecutivo), el mediador concursal devendrá administrador concursal y no se ha previsto ningún criterio para elegir entre una pluralidad de mediadores. Por lo tanto, parece que sólo podrá existir un único mediador concursal.

La segunda cuestión afecta a la inscripción de los mediadores oficiales en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, creado por el Real Decreto 980/2013¹⁴. El principio general es el de voluntariedad de la inscripción. Sin embargo, para los concursales es obligatoria. Así lo establece claramente el párrafo segundo del art. 11 de la disposición: la inscripción en el citado Registro es *conditio sine qua non* para ser nombrado mediador concursal¹⁵. Y los arts. 18 y 19 desarrollan el régimen de la inscripción.

3.2. Remuneración

La remuneración del mediador concursal presenta profundas diferencias respecto del régimen general de la mediación, cuya principal disposición es el art. 15 de la Ley 5/2012. El principio básico de esta norma es la autonomía de la voluntad. En efecto, el mediador y las partes del conflicto fijarán el montante, la forma y tiempo del devengo; o bien, aceptarán las previsiones de la institución de mediación a la que se sometan. El art. 15 establece que la cantidad a pagar se divide por igual entre las partes del conflicto; es decir, cada una pagará el cincuenta por ciento de la suma debida. Ahora bien, permite el pacto en contrario. Podrán convenir que una de ellas pague una cantidad superior a la otra; o incluso la integridad de la remuneración. Igualmente, dispone que la remuneración no depende del resultado de la negociación. Por último, permite al mediador o a la institución de mediación exigir una provisión de fondos. Si no se realiza en plazo, se puede dar por terminada la mediación. Ahora bien, se permite que una de las partes supla el incumplimiento de la otra; *id est*, satisfaga la integridad de la provisión.

El régimen de la remuneración del mediador concursal es diferente. La Disposición Adicional 8.^a de la Ley Concursal dispone que se aplica el régimen de la remuneración de los administradores concursales¹⁶. Por lo tanto, cobran eficacia el art. 34 LC y el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales. El primer aspecto que merece destacarse es que es un tercero quien fija la remuneración: no son las partes del

No obstante, en los concursos en que el interés público lo justifique podrán existir dos administradores concursales (art. 27.7 LC, tal como ha sido modificado por la Ley 17/2014). Ahora bien, su carácter excepcional no permite aplicarlo al régimen del mediador concursal

¹⁴ Véase FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 402 ss.). El hecho de que la Sección segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia tenga por objeto los mediadores concursales y que el art. 233 LC se remita a él elimina las dudas que pudieran existir sobre la posibilidad de que los notarios o registradores recurran a los registros o colegios autonómicos.

¹⁵ Al respecto PRATS ALBENTOSA, L.: “La mediación (pre)-concursal”, en Diario La Ley, núm. 8264, de 5.3.2014.

¹⁶ A favor de esa solución SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, (2014, 30 s.

conflicto con el mediador concursal ni la institución de mediación. Así resulta del artículo 34 LC, que dispone que el juez determinará la cuantía y los plazos del pago mediante auto, tras un informe de la administración concursal. La duda que se plantea es si debe ser por el juez competente para conocer del concurso o por el registrador/notario que han de nombrar al mediador concursal¹⁷. La primera opción cuenta con el apoyo de la literalidad de la DA 8.ª: “Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”. Y dentro de estas normas se halla el art. 34 LC que refiere la determinación de la retribución al juez del concurso. No obstante, esta tesis choca con el carácter extrajudicial del acuerdo de pagos. Como el juez no interviene, *prima facie*, en la negociación, resulta sorprendente que deba acudir a él para que determine la remuneración. Parece más lógico que sea el registrador/notario pues ha nombrado al mediador concursal y deberá cerrar el expediente cuando se le acredite que se ha llegado al arreglo sobre el pago de la deuda. Podría recurrirse al paralelismo con el concurso: en él, el juez nombra al administrador concursal y fija su remuneración. Y otro argumento más es que el registrador mercantil fija la retribución de los expertos independientes que nombre (art. 340.3 RRM). Por lo tanto, en el expediente extrajudicial es el registrador o el notario que nombra al mediador concursal el que debe fijar su remuneración¹⁸. Y para ello deberá apoyarse en un informe previo proveniente del mediador concursal, que elaborará a partir de la información que el deudor debe aportar al solicitar el nombramiento del mediador (art. 232.2 LC). No obstante, la ley debería aclarar este régimen jurídico en aras de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, la determinación de la cuantía no es libre, sino que se halla reglada. El art. 34 LC la configura como un arancel, por lo que no es disponible por las partes¹⁹. Establece los elementos que el juez deberá valorar al fijar la cuantía debida: el número de acreedores, la acumulación de concursos y el tamaño del concurso (pequeño, medio o grande)²⁰. Además, deberá tenerse en cuenta que el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y que no podrá percibir ninguna cantidad adicional aunque se convierta en administrador concursal²¹. No obstante, se permite al registrador/notario establecer otra cosa en caso de existir circunstancias excepcionales. Interesa añadir que la cantidad fijada no es inmutable. Por una parte, el registrador o el notario podrán modificarla en cualquier momento del

¹⁷ En ese sentido, GALLEGU, E.: “La mediación concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, 28.

¹⁸ En el mismo sentido GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 28 y FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 395 ss y 419.

¹⁹ Al respecto, TIRADO MARTÍ, I.: *Los administradores concursales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, 473 ss.

²⁰ A efectos del cálculo de la retribución, adquiere eficacia el RD 1860/2004.

²¹ En efecto, el art. 34 configura la cantidad resultante como el máximo que podrá percibir el administrador concursal y afecta tanto a la negociación extrajudicial como al procedimiento judicial y el art. 242.2.1.ª LC reitera esa previsión para el mediador concursal. Véase además el art. 3 del RD 1860/2004.

procedimiento, siempre que concurra justa causa²². Por otra, su decisión, tanto respecto de la cuantía y plazos como de su revisión, puede ser recurrida. Están legitimados el mediador y las personas que pueden solicitar la declaración de concurso del deudor. Ahora bien, la Ley no aclara el régimen del recurso. A nuestro modesto entender deviene aplicable el régimen general de ambas instituciones.

Por último, la remuneración del mediador concursal va a cargo de la masa activa; es decir, del universo de bienes y derechos del deudor. Así se deduce del art. 1 del RD 1860/2004. La ley se preocupa por su efectividad; preocupación legítima dadas las dificultades económicas por las que atraviesa el deudor. De ahí que, en relación con la administración concursal, prevea un mecanismo de pago para el caso de que la masa activa sea insuficiente: el arancel se satisfará a partir de una “cuenta de garantía arancelaria”. Se trata de un fondo creado por aportaciones obligatorias de los administradores concursales: se detrae una parte de las retribuciones percibidas para dotarlo. Surgen dudas cuando se traslada esta previsión a la mediación concursal. Esencialmente el dilema consiste en decidir si deben constituirse dos fondos separados, uno para mediadores y otro para administradores, o uno solo formado por las aportaciones de ambos colectivos. Aunque la última alternativa ofrece más garantías de efectividad, consideramos que deben crearse dos fondos diferentes debido a la diversa naturaleza de los mediadores y administradores concursales y a los marcos de actuación (acuerdo extrajudicial de pagos y concurso de acreedores, respetivamente). Igualmente, la retribución del mediador concursal no percibida se convierte en crédito contra la masa en caso de que se declare el concurso consecutivo. Así se desprende del art. 242.2.2.^a LC. De este modo se protege al mediador concursal pues los créditos contra la masa deben satisfacerse a su vencimiento, detrayéndose de la masa activa los bienes y derechos necesarios (arts. 84 y 154 LC).

4. ACTUACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

4.1. Inicio del procedimiento

Corresponde al deudor iniciar el procedimiento que lleva a un acuerdo extrajudicial de pagos. El art. 232 LC establece que debe suscribir y presentar una instancia ante un registrador mercantil o un notario. No es necesario el consentimiento previo de los acreedores ni que los contratos o negocios de los que traen causa los créditos previeran ese medio de solución de conflictos. La decisión compete exclusivamente al deudor. En caso de que sea una persona jurídica, el art. 232.1 atribuye la legitimación al órgano de administración o de liquidación.

Los arts. 231 y 232 de la Ley Concursal establecen determinados requisitos, límites y prohibiciones para solicitar la apertura de negociaciones de acuerdo

²² Véase el art. 12 del RD 1860/2004.

extrajudicial de pagos²³. En primer lugar, esta institución sólo está abierta a las personas físicas cuando tengan la condición de empresario y a las personas jurídicas. Resulta criticable que no se permita a los consumidores acudir a la negociación prejudicial del Título X de la Ley Concursal²⁴. En cuanto al empresario “natural”, el párrafo segundo del art. 231.1 lo define en términos muy amplios, de modo que comprende los profesionales y los trabajadores autónomos²⁵. Debe estar en situación de insolvencia, pero se admite tanto la actual como la inminente. Así resulta de la remisión al art. 2 que contiene el art. 231.1. Ahora bien, se fija un máximo: sólo podrán instar el acuerdo extrajudicial de pagos los empresarios cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros.

Cualquier persona jurídica puede acudir a la mediación concursal, mas el art. 231.2 establece cuatro condiciones²⁶. La primera es que se halle en estado de insolvencia. La comparación con el régimen del empresario individual genera la duda de si también se incluye la inminente pues el art. 231.2 no la prevé expresamente. A pesar del peso que tiene la diferencia de literalidad, debe interpretarse que también cabe instar la mediación concursal en caso de insolvencia inminente dado que el art. 2 se refiere a ambas y que no está justificada la diferencia²⁷. En segundo lugar, en caso de

²³ Las profesoras PULGAR y GALLEGU critican las prohibiciones por partir de la premisa de que el acuerdo extrajudicial es un expediente para favorecer exclusivamente al deudor, por su carácter obsoleto y por la diferencia que existe con el régimen del convenio concursal anticipado. Gallegu también critica que se separen los requisitos en función de que el instante sea un empresario natural o una persona jurídica. Así, por ejemplo, respecto de los primeros cuestiona si se puede acceder a la mediación concursal cuando no se dispone de líquido suficiente para costear los gastos de la negociación. Véase PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 13/18; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 18/38 y GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 46 ss.

²⁴ En el mismo sentido GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 40, que subraya la conculcación del principio de unidad instituido por la Ley Concursal y explica que el Anteproyecto de Ley de apoyo a los emprendedores sí preveía la aplicación a las personas naturales no empresarios; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores” cit., 15/38; MIRANDA SERRANO, L. M.: “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, en *Diario La Ley*, núm. 8276, de 21.3.2014, 15/20; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2013; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 121 y 124) y SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 52.

Se desaprovechó una oportunidad preciosa para corregir este problema durante los trámites parlamentarios del Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Los Grupos Parlamentarios de Unión Progreso y Democracia y Catalán (Convergencia i Unió) propusieron la modificación del art. 231, de modo que su apartado primero abría el acuerdo extrajudicial de pagos a cualquier persona natural que estuviera en situación de insolvencia (enmiendas 7 y 63, en *BOCG*, Serie A, Núm. 89-2, 10.7.2014, págs. 9 y 42; enmienda 44 en *BOCG. Senado*. Núm. 392, 9.9.2014, pág. 32).

²⁵ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 122 ss. y la acertada crítica de GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 39 s.

²⁶ No obstante, tienen vedado este procedimiento preconcursal las aseguradoras y reaseguradoras, así como las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 127 ss.

²⁷ Véase el planteamiento del problema en GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 37. Interpretan que no existe diferencia en ese ámbito PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 16/38; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de

que se declarara en concurso, no debería tratarse de un concurso de especial complejidad. El art. 190 LC establece tres circunstancias que el juez debe tener en cuenta: que el deudor no tenga más de cincuenta acreedores, la estimación inicial del pasivo debe ser inferior a cinco millones de euros y el montante de sus bienes y derechos no debe alcanzar los cinco millones de euros. Se plantea la duda de si deben concurrir necesariamente los tres requisitos. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid acordaron que basta el cumplimiento de uno sólo para entender que el concurso no tiene especial complejidad²⁸. Tercero, debe disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. Por último, sus patrimonios e ingresos deben parecer suficientes como para alcanzar un acuerdo.

El art. 231.3 prohíbe instar el acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores que hayan sido condenados por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores²⁹. Tampoco podrán acudir a este expediente las personas que debieran inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil y no estuvieran inscritas. Igual sucede con las que no hubieran llevado contabilidad en los tres ejercicios anteriores, pese a estar obligadas, o no hayan depositado las cuentas anuales. No podrán instar la solicitud las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores³⁰. La prohibición también alcanza a los deudores que estén negociando un acuerdo de refinanciación o cuando el juez hubiere admitido a trámite una solicitud de declaración de concurso. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras también tienen prohibido acudir a este expediente extrajudicial. Por último, el art. 231.5 veta esta institución cuando alguno de los acreedores del deudor que puedan verse vinculados obligatoriamente por el acuerdo haya sido declarado en concurso.

El art. 232 impone la forma y el contenido de la petición. Debe tratarse de una

pagos”, cit., 16 s.; CABANAS TREJO, R.: “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Diario La Ley*, núm. 8285, 3.4.2014, 2/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 116 s.) interpretan que no existe diferencia en este ámbito. En cambio, FERNÁNDEZ SEJO (“Legislar a Contra Coeur...” cit., 3/9) mantiene la posición contraria: critica que la ley no permita a las personas jurídicas en situación de insolvencia inminente solicitar el nombramiento de un mediador concursal.

²⁸ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013.

RODRÍGUEZ CONDE plantea si pueden instar la mediación concursal las personas jurídicas que superen los límites del art. 190 de la Ley Concursal pero propongan una modificación estructural por la que se ceda íntegramente su activo y pasivo. Responde afirmativamente “...pues automáticamente si el deudor plantea la transmisión con una oferta vinculante en el seno de un concurso, se aplicaría el artículo 190.1 LC”. Véase su *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, Bosch, Barcelona, 2014, 810.

²⁹ Al respecto véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 20 ss.

³⁰ Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid han acordado una interpretación restrictiva de esta exigencia, dado el carácter prohibitivo de la norma. De ese modo, resulta necesario que el concurso haya sido declarado dentro de los 3 años anteriores a la solicitud de arreglo extrajudicial de pagos. Si fue declarado antes pero estuvo pendiente durante el lapso en cuestión, el deudor podrá instar la negociación preconcursal. Véase las Conclusiones a la reunión que mantuvieron el 11 de octubre de 2013.

instancia suscrita por el deudor. Debe hacerse constar el efectivo y los activos líquidos disponibles, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista con los acreedores, con expresión de la cuantía y vencimiento de los créditos, una relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Se incluirán también los créditos de Derecho público y los garantizados con garantía real. Si el deudor está casado, identificará a su cónyuge e indicará cuál es el régimen económico matrimonial. Si está obligado a llevar contabilidad, deberá acompañar las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

El destinatario de la instancia será un registrador mercantil o un notario del domicilio del deudor³¹. Deberá dirigirse al registrador si el deudor es un empresario individual (*id est*, persona física) o una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil³². Resulta indiferente que el primero no esté inscrito; el artículo 232.3 ordena al registrador mercantil abrir la hoja correspondiente. En caso contrario -o sea, cuando sea una persona jurídica que no debe inscribirse en el Registro Mercantil- será competente un notario de la población en la que el deudor tenga su domicilio.

La instancia debe presentarse no sólo antes de solicitar la declaración de concurso -o de que cualquiera de los acreedores del deudor haya formulado esa petición- sino también antes de que se hayan entablado negociaciones de cara a la refinanciación de las deudas. Así se desprende de las exclusiones previstas en el artículo 231 LC. Su apartado 4.º no permite acceder al acuerdo judicial a los deudores que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación y cuando su solicitud de concurso haya sido admitida a trámite. La duda que se presenta es si la letra del precepto incluye tanto la solicitud de declaración de concurso formulada por los acreedores. La razón es que el pronombre relativo que utiliza (“cuya”) no soluciona el problema. A nuestro modesto entender procede una interpretación amplia que incluya también la solicitud de los acreedores. La razón es evitar el recurso al arreglo extrajudicial de pagos como arma defensiva. No es la finalidad de la institución. Por último, también debe iniciarse antes del transcurso de los dos meses que el artículo 5 concede al deudor para que solicite la declaración de concurso. Así resulta del artículo 5 bis .2, que dispone que la comunicación del registrador o notario al juez, informando de la apertura de negociaciones para llegar a un procedimiento extrajudicial de pagos, “...podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento establecido en el artículo 5”.

³¹ Sorprende que el criterio territorial sea el del domicilio mientras que el canon para establecer la competencia territorial del juez del concurso sea el centro de sus intereses principales (art. 10.1). FERNÁNDEZ SEJO (“Legislar a Contra Coeur...”, cit.) lo valora negativamente. Por otra parte, la profesora GALLEGO (“La mediación concursal”, cit., 26) advierte que la interposición de un registrador o notario y la obligación de elevar a públicos determinados actos encarece el arreglo. No obstante, considera que ese perjuicio queda compensado con la exclusión del juez y de la Administración pública.

³² La profesora SENÉS (“El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55) critica la expresión “inscribibles” en lugar de “inscritas” pues la potencialidad para ser inscrita puede ampliar desorbitadamente la competencia de los registradores mercantiles y reducir en extremo la de los notarios. No obstante, la expresión puede explicarse por la existencia de supuestos en que la inscripción no es obligatoria sino facultativa. Véase al respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 394. También en tono crítico CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 4/16.

El registrador mercantil y el notario deben controlar la concurrencia de los requisitos para solicitar la mediación. Ahora bien, ese control se enmarca en el seno de sus facultades y ceñida a la documentación que debe acompañar la solicitud; no se les puede exigir ni deben ir más allá³³. Esa limitación puede generar problemas, pues es posible que no puedan conocer que se ha producido algún hecho obstativo. Por otra parte, la Ley se muestra en extremo rigurosa pues la ausencia de alguno de los documentos o su carácter incompleto comportan la inadmisión de la solicitud (art. 232.3). Contrasta con el régimen general de la solicitud de declaración de concurso pues no se permite la subsanación de los defectos (art. 13.2 LC)³⁴.

4.2. Nombramiento del mediador concursal

El segundo paso es el nombramiento del mediador concursal. Presenta unas notas singulares que lo alejan del régimen general de la mediación. En primer lugar, no corresponde a las partes en conflicto (deudor y acreedores) sino al registrador o al notario destinatarios de la instancia del deudor. En segundo término, la elección no está guiada por la voluntad de las partes o la del registrador/notario sino que aparece determinada por un criterio objetivo: el orden secuencial de la lista de mediadores concursales. Así lo dispone el art. 233.1 LC³⁵.

Además de la propuesta del registrador/notario, es necesario que la persona designada acepte el cargo³⁶. En caso afirmativo, los primeros procederán a su nombramiento y le darán publicidad. En particular, comunicarán la designación al juez competente para conocer del concurso de acreedores del deudor, al Registro Civil, al Registro Público Concursal y a los demás registros públicos que tuvieran relación con el conflicto, como los registros de bienes afectados (el Registro de la Propiedad o el Registro de Bienes Muebles, por ejemplo) o el Registro Mercantil en su caso, así como

³³ También CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 7/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 118, 130 y 138 s.

³⁴ Así SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55 s.

³⁵ Ordena al registrador o notario elegir a la persona, natural o jurídica, que de forma secuencial corresponda entre las que figuren en la lista elaborada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Cabe recordar que el Registro fue creado por el RD 980/2013 (art. 8) y consta de tres secciones. La primera está dedicada a los mediadores, la segunda a los mediadores concursales y la tercera a las instituciones de mediación. La profesora FERNÁNDEZ PÉREZ (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 394) precisa que “secuencial” se refiere al orden cronológico de inscripción en la lista de mediadores concursales.

La omisión de cualquier referencia geográfica en el criterio de selección de los mediadores concursales generó la duda de si el orden secuencial tenía una base nacional o no. El art. 19 del RD 980/2013 impone la lógica y ordena a los registradores y notarios elegir de forma secuencial a los mediadores concursales que tengan el domicilio en la provincia designada por el deudor. Si no hubiera ninguno disponible, se acudiría a los de las provincias limítrofes; en su defecto, a los de la comunidad autónoma y, por último, a los de todo el territorio español. Véase nota al pie 5.

³⁶ Primero deberá comprobar su compatibilidad con las partes del acuerdo. Así SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (“El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 29). En caso de aceptar el cargo deberá proporcionar una dirección electrónica para facilitar la comunicación con los acreedores. Esa dirección deberá reunir los requisitos de seguridad de las comunicaciones electrónicas que permita la transmisión y recepción de información de forma veraz y confidencial, tal como exige el art. 29.6 de la Ley Concursal.

a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En caso de que la persona designada no acepte, el Registrador o el Notario procederán a realizar una nueva petición. La persona que no hubiere aceptado se situará al final de la lista de mediadores concursales³⁷.

El nombramiento del mediador concursal tiene gran trascendencia pues la ley le anuda efectos importantes³⁸. En primer lugar, el deudor puede continuar con su actividad empresarial o profesional. Así lo declara expresamente el art. 235.1 LC. Ahora bien, no podrá solicitar nuevos préstamos o créditos, deberá devolver todas las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medios de pago electrónico. La doctrina ha criticado, con razón, esta previsión pues dificultará que el deudor pueda continuar con su actividad empresarial o profesional y, por ende, desincentivará el recurso a este expediente preconcursal³⁹. Surge la duda de si debe interpretarse la referencia a las tarjetas de crédito en sentido amplio o si se pueden excluir las de débito, de modo que el deudor podrá continuar utilizándolas. A favor de su asimilación se halla el hecho de que ambas se pueden utilizar como medio de pago electrónico. Sin embargo, existe una diferencia importante: el titular de una tarjeta de débito sólo puede disponer del saldo existente en la cuenta y no realizar operaciones por un importe superior. Dado que una interpretación amplia dificulta continuar con el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, debe mantenerse una interpretación restrictiva que permita al deudor seguir utilizando tarjetas de débito.

En segundo término, se impide la declaración de concurso y la ejecución judicial de bienes del deudor necesarios para el ejercicio de su actividad empresarial o profesional⁴⁰. En efecto, el art. 5 bis .2 LC suspende el deber de solicitar la declaración de concurso. Cabe recordar que el art. 5 impone este deber sobre el deudor y su incumplimiento genera la presunción *iuris tantum* de que el concurso fue culpable (art. 165)⁴¹. Ahora bien, transcurridos tres meses desde la comunicación del nombramiento

³⁷ Véase el art. 19.3 del RD 980/2013 y, en la doctrina, FERNÁNDEZ PÉREZ, (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 47 ss.). Resulta criticable que no se prevea qué consecuencias tiene la concurrencia de alguna causa que justifique la no aceptación, igual que tampoco se regule la renuncia del mediador concursal tras haber aceptado el cargo.

³⁸ En puridad, la Ley Concursal vincula los efectos a la comunicación del nombramiento al juez que sería competente para conocer el concurso de acreedores del deudor.

³⁹ Así PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 22/38; PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 141, quien subraya que estos efectos se producen sin intervención judicial y FERNÁNDEZ SEJO, “Legislar a Contra Coeur...”, cit. Por su parte, RODRÍGUEZ CONDE (*Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 862) subraya que corresponde al mediador concursal vigilar que el deudor cumple estos deberes.

⁴⁰ De ahí que la profesora SENÉS califique el acuerdo extrajudicial de pagos como alternativa al concurso. Igualmente subraya el carácter personalísimo de la institución, pues los efectos de la apertura de la negociación no afectan a los garantes del deudor ni a los obligados solidarios. Así SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 51 s. La profesora PULGAR critica esta consecuencia al entender que se trata de un efecto desproporcionado para un mero intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial. Véase PULGAR EZQUERRA, J.: “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2014, 15/18.

⁴¹ Véase PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración de concurso*, La Ley, Madrid, 2005, 407 ss., donde

del mediador al juzgado sin que se haya llegado a un acuerdo, vuelve a surgir el deber de solicitar la declaración de concurso. El artículo 5 bis .5 LC otorga el plazo de un mes hábil al deudor para que proceda a la solicitud, salvo cuando el mediador concursal se hubiere anticipado o hubiera desaparecido el estado de insolvencia. Tampoco se admitirán solicitudes de declaración de concurso provenientes de los acreedores durante los tres meses siguientes a la comunicación de la notificación al juzgado (arts. 15.3 y 235.6). Igual sucede con las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 235). El art. 5 bis .4 no permite que se inicien y ordena suspender las que ya hayan empezado. No obstante, quedan exceptuados los créditos que cuenten con una garantía real (art. 5 bis .4, párrafo tercero y 235 LC) y también la posibilidad de ejercitar las garantías personales cuando el crédito contra el deudor hubiera vencido (art. 235.5)⁴². En la misma línea, el art. 235.3 prohíbe a los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos realizar acto alguno destinado a mejorar la posición en la que se encuentre respecto del deudor. Por último, el deudor no podrá formular una nueva solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos durante un año a partir de la comunicación referida (art. 5 bis .6).

La ley no prevé ningún trámite de oposición por parte de los acreedores o de terceros para denunciar que no concurren los requisitos de la figura o que existe alguna causa de inadmisión⁴³. La explicación puede ser la búsqueda de celeridad y la desjudicialización de la institución, así como el hecho de que los acreedores tengan la última palabra al respecto, pues si la mayoría del pasivo decide no negociar el mediador deberá instar el concurso. Asimismo, tampoco está prevista la posibilidad de desistir del procedimiento, aunque nada obsta que el deudor solicite la declaración de concurso mientras está en marcha la negociación que debe conducir al acuerdo extrajudicial.

4.3. Convocatoria a una reunión sobre un plan de pagos

La finalidad de la actuación del mediador concursal es conseguir que el deudor y sus acreedores lleguen a un compromiso por el que los últimos condonen una parte de la deuda, concedan una moratoria en el cobro o acepten bienes o derechos del deudor en

explica que se trata de un deber en el caso de la insolvencia actual y de una facultad en el de la inminente.

⁴² Se genera la duda acerca de si la acción ejercitada por el titular de un crédito con garantía real queda paralizada hasta que se consiga el acuerdo extrajudicial o se declare el concurso del deudor. La razón es que el art. 5 bis así lo prevé. Sin embargo, el art. 325 no establece ese límite; simplemente dispone que el acreedor podrá iniciar o continuar el procedimiento, en cuyo caso no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. A nuestro modesto entender, la relación de ambos preceptos y el hecho de que el 5 bis haya sido modificado después que el 325 obligan a otorgarle preferencia y a interpretar que el titular de un crédito con garantía real podrá ejercitar su derecho pero el procedimiento quedará paralizado hasta que se consiga el arreglo extrajudicial o se declare el concurso. No obstante, el legislador debería actuar en aras a la seguridad jurídica.

⁴³ Véase CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit. 8/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 120 y 140. Éste último añade (p. 152) que los deudores que hayan solicitado la apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos pueden recurrir la decisión desestimatoria. Si procede de un registrador, caben los recursos administrativos y judiciales correspondientes. En el caso del notario, sólo cabe el de queja.

pago. Para ello les convocará a una reunión en la que someterá a los acreedores un plan de pagos o de dación en pago para su aprobación. Ahora bien, antes deberá recabar información del deudor al respecto. De ahí que el artículo 234.1 le ordene comprobar la existencia y cuantía de los créditos.

El mediador concursal partirá de la información proporcionada por el deudor. Cabe recordar que al solicitar el nombramiento del primero, debe hacer constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos (art. 232.2 LC). El mediador concursal deberá analizar esa documentación y comprobar su veracidad. Para ello podrá solicitar la colaboración del deudor. Sin embargo, éste no está obligado a cooperar ni suministrar la información solicitada. La Ley no prevé un deber semejante y esa omisión resulta significativa si tenemos en cuenta que sí está prevista para el concursado: la colaboración e información al juez y a la administración concursal es uno de los efectos de la declaración de concurso (arts. 42 y 45)⁴⁴. Ahora bien, lo lógico es que el deudor colabore estrechamente con el mediador concursal. Y no sólo porque él ha solicitado su intervención sino también porque le favorece pues puede conseguir una reducción de la deuda, una moratoria del vencimiento o una dación en pago. Para que la propuesta del mediador concursal pueda prosperar deberá ser lo más realista posible. Y para ello necesita poseer información fidedigna que debe ser proporcionada por el deudor. La negativa o reticencia del último justificará la renuncia del mediador concursal.

Tras comprobar la existencia y cuantía de los créditos, el mediador concursal deberá convocar al deudor y a los acreedores a una reunión en la que se discutirá la aprobación de un plan de pagos. La convocatoria aparece regulada en el artículo 234. Corresponde efectuarla al mediador concursal. Sus destinatarios son el deudor y los acreedores. Conviene hacer dos precisiones. En primer lugar, se presenta un problema con los acreedores del deudor que no aparezcan en la documentación facilitada. El mediador concursal difícilmente podrá conocerlos y, por lo tanto, no los emplazará. Sin embargo, quedan vinculados por el acuerdo. Así lo acredita el hecho de que estén legitimados para impugnarlo (art. 239.1 LC). En segundo término, sólo será necesario convocar a los acreedores que puedan resultar afectados por el acuerdo. No es el caso de los titulares de créditos de Derecho público puesto que el segundo párrafo del artículo 231.5 establece que son inmunes al arreglo extrajudicial. De ahí que resulte superflua la última frase del artículo 234.1. En cambio, los titulares de créditos con garantía real sí deben ser convocados, a pesar de que sólo se ven afectados por el acuerdo si deciden adherirse (art. 231.5). Precisamente su emplazamiento resulta necesario para que puedan manifestar su adhesión. Y así se desprende del art. 234.4 que les conceden un mes, a partir de la recepción de la convocatoria, para comunicar su voluntad de

⁴⁴ Sin embargo, la calificación del acuerdo extrajudicial de pagos como mediación permitiría mantener que el deudor sí está obligado a colaborar con el mediador concursal en virtud del art. 10.3 de la Ley 5/2012.

intervenir al mediador concursal⁴⁵.

El apartado 3.º del artículo 234 establece el contenido de la convocatoria: "... deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas". El mediador concursal tiene libertad para elegir la ubicación pero no -al menos no totalmente- la fecha pues la reunión debe celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo de mediador concursal. Por su parte, la convocatoria deberá realizarse dentro de los diez días siguientes al mismo *dies a quo*⁴⁶. En cuanto a la forma, viene prescrita por el apartado 2.º del art. 234: "La convocatoria se realizará por conducto notarial, por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción...". Podrá utilizarse el correo electrónico si los acreedores han facilitado su dirección electrónica (art. 235.4).

La convocatoria tiene gran trascendencia práctica. Basta con señalar que los acreedores que, habiendo sido emplazados, no acudan a la reunión ni manifiesten su adhesión o rechazo a la propuesta verán su crédito calificado como subordinado. Pese a su importancia, los defectos de la convocatoria no determinan *per se* la nulidad del acuerdo extrajudicial de pagos. La razón es que el art. 239.2 restringe las causas de impugnación. Solamente puede basarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la aprobación del arreglo, en la superación de los límites impuestos al plan de pagos (art. 236) o en la desproporción de las quitas o moratorias exigidas. Ahora bien, si no se emplaza a los acreedores es posible que no comparezcan y no se alcancen las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo. En ese caso sí existiría fundamento suficiente para anularlo.

4.4. Plan de pagos o de dación en pago

La actividad del mediador concursal prosigue a través de la preparación de unas propuestas de plan de pagos, plan de viabilidad y plan de continuación o bien de dación en pago. Constituye uno de los elementos esenciales de la negociación pues -recordemos- el procedimiento va encaminado a conseguir un arreglo entre el deudor y sus acreedores por el que le condonen una parte de la deuda y le concedan un moratoria en el pago o acepten determinados bienes o derechos para saldar las deudas existentes.

El plan de pagos es una propuesta de negociación de las condiciones de satisfacción de los créditos existentes. Esencialmente contiene una ofrecimiento de quita y/o de espera. El art. 236 establece máximos infranqueables. Las quitas no pueden exceder del 25% del importe de los créditos y las moratorias no pueden superar los 3

⁴⁵ En ese sentido véase el punto 9.º de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones Concursales, de 11 de octubre de 2013. También RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 886.

⁴⁶ El profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE subraya que el cómputo de este plazo se rige por el art. 5.2 Cc puesto que, a diferencia de otros periodos, no hay una referencia a días naturales. Véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El acuerdo extrajudicial de pagos", cit., 38.

años. Además, debe informar sobre la situación de los créditos de Derecho público⁴⁷. Estos límites resultan criticables pues son superiores a los que existen en un concurso ordinario. De ahí que, como ha señalado la doctrina, sean desincentivadores de la institución⁴⁸. El art. 236 también exige que el plan de pagos incluya una “copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento”. El segundo documento que debe elaborarse es el plan de viabilidad. Deberá detallar cómo se satisfarán los créditos pendientes tras la novación introducida por el plan de pagos. Asimismo deberá prever las cantidades que se asignen al deudor y a su familia en concepto de alimentos. Y el tercero es el plan de continuación de la actividad empresarial o profesional que desarrolla el deudor. No se trata de un documento baladí, sino que tiene gran trascendencia para hacer creíble la propuesta de plan de viabilidad sometida a los acreedores.

La ley permite que se formule una propuesta alternativa; en particular, que se ofrezcan determinados bienes o derechos en pago de los créditos existentes⁴⁹. La letra del apartado 2.º del art. 236 la configura como una alternativa a los tres documentos anteriores. Sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente así. La finalidad del acuerdo extrajudicial de pagos permite configurarla también como un complemento. Piénsese, por ejemplo, en una dación parcial en pago: se ofrecen determinados bienes y derechos para satisfacer solamente una parte de las deudas existentes. En ese caso, resultará necesario acompañar la propuesta de un plan de viabilidad y de un plan de continuación. Igualmente podría combinarse una dación en pago con quitas y esperas o una dación para pago de créditos, de modo que si el acreedor no obtuviera su satisfacción pudiera exigir el pago de los mismos al deudor cedente. A pesar de que la literalidad del precepto no contempla esas posibilidades, la finalidad de la institución y la flexibilidad intrínseca a un procedimiento extrajudicial permiten aceptarlas.

Corresponde al mediador concursal elaborar la propuesta. Y debe hacerlo de la mano del deudor. Así lo dispone el artículo 236.1 (“...con el consentimiento del deudor...”) ⁵⁰. Eso no significa que no sea neutral. Téngase en cuenta que debe de ser aprobada por los acreedores. Además, una propuesta realista beneficia a ambas partes.

⁴⁷ Cabe recordar que la DA 7.ª obliga al deudor a solicitar un aplazamiento o fraccionamiento del pago de las deudas correspondientes a los créditos de Derecho público, salvo cuando tuviera previsto pagarlos en el plazo previsto legalmente. Pero el aplazamiento o el fraccionamiento solamente podrán concederse una vez haya sido formalizado el acuerdo extrajudicial de pagos.

⁴⁸ Así FERNÁNDEZ SEJO, “Legislar a Contra Coeur...”, cit.; MIRANDA SERRANO, L. M.: “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores...”, cit., 15/20 y PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, quien además subraya que la propuesta de plan de pagos no está sometida a los requisitos de viabilidad o razonabilidad y que puede tener un contenido liquidativo. Estas razones no llevan a defender que la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia de reformar el art. 236 para eliminar los límites resultara acertada (enmienda núm. 8, *BOCG*. Serie A. Núm. 89-2, de 10.11.2014, pág. 11).

⁴⁹ Véase PASTOR SEMPERE, M.C.: “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 21, 2014, 9 ss./36.

⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, 43) y FERNÁNDEZ SEJO (*op. cit.*) mantienen que el deudor debe aceptar el plan de pagos. RIPOLL JAEN va más allá y exige que la aquiescencia del deudor conste en escritura pública por aplicación extensiva del art. 1280 Cc. Véase su “Acuerdo extrajudicial de pagos: escritura”, en www.notariosyregistradores.com, de 4.4.2014.

Al deudor, porque le permitirá sortear la situación de insolvencia. Y a los acreedores porque posibilitará la satisfacción de sus créditos, al menos parcialmente. Es cierto que no constituye garantía de cobro; pero dada la coyuntura socio-económica actual, las instituciones preconcursales se revelan más eficientes que los concursos, pues la inmensa mayoría de los mismos terminan en liquidación y la satisfacción del conjunto de acreedores es mínima. Ahora bien, para que la propuesta sea viable es necesario que el mediador concursal y el deudor colaboren estrechamente y que el último ponga a disposición del primero toda la información necesaria. Se pone de manifiesto nuevamente la necesidad de conocer detalladamente la situación financiera y patrimonial del deudor. En cuanto al plazo, el mediador concursal deberá enviar la propuesta a los acreedores concursales como mínimo veinte días antes de la fecha prevista para la reunión.

Los acreedores pueden mostrar su adhesión o rechazo así como hacer contrapropuestas, que pueden ser alternativas o bien modificaciones a la presentada por el mediador concursal. Para ello disponen de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta de acuerdo. Dos dudas se plantean. La primera afecta al cómputo temporal y es la fecha de inicio del plazo de diez días. Aunque lo lógico sería empezar a contar desde la recepción, el apartado 3.º del artículo 236 refiere el plazo al envío de la propuesta. Por lo tanto, el *dies a quo* será la fecha de remisión y no de la recepción. La razón no puede ser otra que la premura de plazos existente. La segunda cuestión es si las contrapropuestas se hallan constreñidas por los límites del art. 236.1; es decir, el 25% del pasivo como máximo para la quita y 3 años como techo para la espera. Existen dos argumentos a favor de la respuesta negativa. El primero es la literalidad del apartado 3.º, que nada prevé al respecto, amén de la sistemática del art. 236. El segundo es la teleología de los límites. Están pensados para proteger a los acreedores. Por lo tanto, nada impide que renuncien a ellos voluntariamente. Sin embargo, debe mantenerse la tesis contraria pues la superación de los límites del art. 236.1 constituye una de las causas que fundamentan la impugnación del acuerdo (art. 239.2). Además, la minoría podría verse muy perjudicada si se permitiera que la mayoría acordase una quita superior al 25% y una espera de más de 3 años. No obstante, de nuevo sería de agradecer mayor claridad en la ley.

También es posible que los acreedores rehúsen negociar. En ese caso el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso del deudor. El apartado 4.º del art. 236 exige esa actuación cuando la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo decida no continuar con las negociaciones⁵¹. Refiere esa decisión al plazo de que disponen para realizar contraofertas; es decir, los diez siguientes posteriores al envío de la propuesta del plan de pagos o de dación en pago. La norma resulta acertada pues no tiene sentido seguir adelante con la negociación si los acreedores no quieren llegar a ningún arreglo. Es mejor declarar al deudor en concurso

⁵¹ A efectos del cómputo de la mayoría no se tendrán en cuenta los créditos de Derecho público ni los que cuente con una garantía real y no se hubieran adherido a la negociación. Así lo establece expresamente el apartado 4.º del art. 236. La previsión resulta reiterativa puesto que esos acreedores no se ven afectados por el acuerdo.

cuanto antes a fin de tutelar a los acreedores. La duda que se plantea es si la negativa debe ser expresa o el mediador concursal la debe poder deducir de la conducta o actitud de los acreedores. A mi modesto entender es preferible la última interpretación, dado que proseguir la negociación extrajudicial carece de sentido si no hay voluntad de compromiso⁵². No obstante, el hecho de que la consecuencia sea la obligación de solicitar el concurso consecutivo del deudor obliga al mediador a ser extremadamente cauto al respecto. De ahí que sea aconsejable que el legislador despeje las dudas existentes.

4.5. Acuerdo extrajudicial de pagos

Los acreedores deliberarán y decidirán si aprueban o no las propuestas de los planes referidos en una reunión que se celebrará en el lugar, fecha y hora fijados en la convocatoria. La ley intenta garantizar la asistencia mayoritaria de acreedores sancionando con la calificación de subsidiarios, en caso de que se declare el concurso consecutivo, los créditos cuyos titulares no asistan a la reunión y no hubieran comunicado su adhesión o rechazo a la propuesta dentro de los diez días anteriores a la fecha prevista para la reunión. Así pues, no necesitan asistir los titulares de créditos de Derecho público, los que cuenten con una garantía real y no hayan manifestado su voluntad de participar en el acuerdo y los que hayan manifestado su adhesión o rechazo a la propuesta dentro del plazo previsto. En cuanto a la asistencia, cabe entender que podrá ser en persona o por medio de representante aunque la ley no lo prevea.

El artículo 237 guarda silencio sobre la asistencia del deudor y del mediador concursal. A nuestro modesto entender, deben considerarse obligatorias. El hecho de que se discuta el pago de las deudas del primero, que deba haber sido convocado y que nadie mejor que él pueda valorar si podrá cumplir el acuerdo justifican que su presencia sea imprescindible⁵³. Y no debería entenderse suplida por la del mediador concursal puesto que éste debe ser neutral y no defender los intereses de una de las partes. En cuanto al mediador concursal, resulta evidente que debe asistir a la reunión en la que se debatirá la propuesta que él ha formulado y que constituye el principal foro para la autocomposición de los intereses de las partes.

Durante la reunión se debatirá la propuesta preparada por el mediador concursal o las contrapropuestas de los acreedores que hayan sido aceptadas por el deudor. El segundo apartado del art. 237 permite que se introduzcan modificaciones. Sin embargo establece límites para tutelar los intereses de los acreedores que se adhirieron a la propuesta que se debate y no asisten a la reunión. De ahí que los cambios que se aprueben no podrán modificar las condiciones de pago de la propuesta que se debate. Interesa apuntar que la Ley se refiere a una única propuesta, de ahí que una opinión autorizada mantenga que el mediador concursal deberá redactar la proposición final a la luz de las observaciones y propuestas de los acreedores⁵⁴. Sin embargo, la

⁵² Pero en sentido contrario SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 46.

⁵³ En ese sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 50.

⁵⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 47 s.

flexibilidad inherente a la mediación justifica que puedan debatirse varias.

El artículo 237.1 establece las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos. Como regla general, deben votar a favor acreedores que representen un sesenta por ciento del pasivo afectado por el acuerdo. En caso de que la propuesta consista en una dación en pago la mayoría se eleva al setenta y cinco por ciento y además se exige la aprobación del acreedor o de los acreedores que tuvieran una garantía real sobre el bien objeto de la dación. El precepto especifica que estos porcentajes se calculan en función del pasivo que resulte afectado por el acuerdo.

La disposición merece varias consideraciones. En primer lugar, subrayar un dato que resulta evidente mas trascendental: no basta una mayoría simple sino reforzada. En efecto, para aprobar una propuesta deben votar a favor suyo bien el sesenta bien el setenta y cinco por ciento del pasivo. Los votos nulos, en blanco y las abstenciones no computan a favor de la aprobación sino en contra. Segundo, la mayoría no se calcula en función de los asistentes sino del pasivo; es decir, no se tienen en cuenta las personas que votan a favor del acuerdo sino el porcentaje del pasivo que representan. Tercero, si la propuesta incluye una dación en pago no sólo debe lograrse que vote a favor una mayoría muy reforzada sino también la aquiescencia de los acreedores que tengan una garantía real sobre los bienes en cuestión. Aunque la ley guarda silencio, debe entenderse que los mismos requisitos son necesarios cuando el objeto de la dación son derechos pues la diferencia de trato no está justificada⁵⁵. Con todo, difícilmente se cumplirá esa condición, pues los titulares de estos créditos con garantía carecen de interés en asistir a la reunión ya que sólo se ven afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos si deciden libremente adherirse a la negociación. Y dadas las consecuencias posibles, lo más probable es que sus intereses vayan en la dirección opuesta. Por último, resulta acertada la precisión de la última frase del precepto pues despeja las dudas que pudieran existir sobre la determinación del pasivo. No se incluirán dentro de él los créditos de Derecho público ni los que cuenten con una garantía real salvo en caso de que se hayan adherido a la negociación. Los demás sí⁵⁶.

Será necesario elevar el acuerdo a escritura pública⁵⁷. A continuación el notario o, tras la presentación de la copia de la escritura, el registrador procederán a cerrar el expediente, informarán al juzgado competente para conocer del concurso y darán publicidad al arreglo. Así, deberán comunicar el pacto y el cierre del expediente al Boletín Oficial del Estado y al Registro Público Concursal para que publiquen los datos previstos en el art. 238.2 LC, así como a los registros públicos de bienes competentes para cancelar los asientos practicados.

En cuanto a sus efectos, el acuerdo comporta la novación de los créditos anteriores a la publicación de la apertura del procedimiento conforme a los términos del mismo. Es decir, quedarán reducidos, extinguidos o su vencimiento aplazado. Así,

⁵⁵ Entendemos que la misma norma debe aplicarse a la dación para pago, puesto que el titular del bien o derecho cedido también ve afectado su derecho de garantía.

⁵⁶ En ese sentido RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 882.

⁵⁷ Sobre la escritura véase CABANAS, *op. cit.*, 12 ss./16 y RIPOLL, “Acuerdo extrajudicial de pagos: escritura”, cit.

impide que se inicien o continúen las ejecuciones respecto de esos créditos (art. 240.1 LC)⁵⁸. Es cierto que la ley no especifica a qué acreedores afecta el arreglo y que la naturaleza contractual del acuerdo invita a la solución opuesta en virtud del principio de relatividad⁵⁹. Pero cabe recordar que el art. 231.5 excluye los créditos de Derecho público y a los que tuvieran una garantía leal y no se hubieran adherido a la negociación. La interpretación *a contrario sensu* conduce a afirmar que todos los demás resultan afectados por el acuerdo. Por lo tanto, no sólo los que votaron a favor sino también los que no fueron convocados pero debían serlo, los que siendo convocados no participaron y los que sí asistieron⁶⁰. El régimen de la impugnación del acuerdo confirma esa interpretación. El artículo 239.1 legitima a los acreedores que no fueron convocados, a los que no votaron a favor del acuerdo y a los que se opusieron a la propuesta. La razón de la legitimación no puede ser otra que el hecho de que quedan vinculados por el acuerdo. Temporalmente, afecta a los créditos nacidos antes de la publicación de la apertura del expediente (art. 233.3 LC).

Si los acreedores no aceptan la propuesta presentada, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso del deudor. El artículo 238.3 salva el supuesto alto improbable de que el deudor no esté en situación de insolvencia. Aunque la ley no lo prevea, el mediador concursal también deberá informar al registrador mercantil o notario que le nombraron a fin de que procedan a cerrar el expediente. La razón es que éste no puede permanecer abierto eternamente⁶¹.

4.6. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos

El art. 239 LC regula la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. Restringe la legitimación activa a los acreedores que no hubieran sido convocados, a los que no hubieran votado a favor y a los que hubieran manifestado su oposición durante la negociación. La disposición también se muestra restrictiva con las causas de impugnación. Tan sólo admite tres. La primera es la falta de concurrencia de las mayorías previstas en el art. 238.1. Pone el acento en la posible existencia de acreedores

⁵⁸ Las ejecuciones pendientes quedarán suspendidas hasta que se cumpla el acuerdo extrajudicial, en cuyo caso se sobreseerán (art. 570 LEC), o se incumpla, en cuyo caso se acumularán al concurso consecutivo (art. 55.2 LC). La última solución también se aplicará si prospera la impugnación del acuerdo.

⁵⁹ Véase el planteamiento del problema en PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 24/38. La profesora GALLEGO (*loc. cit.*, 35) mantiene que el acuerdo sólo afecta a los acreedores no firmantes. “Se impone en este caso el principio de relatividad de los contratos, sancionado en el art. 1.257 del Cciv., cuya elusión no podría justificarse en ningún caso dada la ausencia de intervención judicial, que es lo que la avala en el supuesto de acuerdos de refinanciación homologados ex Disposición Adicional 4ª LC”.

⁶⁰ En ese sentido, PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 25/38. Afirma que concurren los dos requisitos básicos para poder extender el acuerdo a los acreedores que no votaron a favor. Por una parte, la publicidad del acuerdo; básica para preservar la seguridad jurídica. Por otra, la expresa previsión legal. No obstante considera que existe un problema: no está previsto un acto formal de homologación del acuerdo; solamente se producirá si se impugna el acuerdo. También subraya ese dato FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, 147 s.

⁶¹ En ese sentido, SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 62, que apoya la afirmación en el art. 13.2 del RD 892/2013.

no convocados, pues no reduce el porcentaje exigido para aprobar el acuerdo⁶². La segunda causa es la superación de los límites impuestos respecto de las quitas y esperas. Cabe recordar que el art. 236 sólo permite una condonación del 25 por ciento del importe de los créditos y una moratoria de 3 años. La tercera causa es la desproporción de las quitas o moratorias exigidas. Resulta sorprendente puesto que estas moratorias y condonaciones estarán dentro de los límites previstos por el art. 236; en otro caso, se aplicaría la causa de impugnación anterior. Se otorga así gran discrecionalidad al juez, a diferencia de las dos causas anteriores. El plazo para impugnar el acuerdo es de 10 días, siendo el *dies a quo* la fecha de publicación del acuerdo. El problema es que no se especifica qué publicación, pudiendo ser dos: la del Boletín Oficial del Estado o la del Registro Público Concursal⁶³. El legislador debiera corregir esta situación. En cuanto al procedimiento, se tramitará conforme al incidente concursal. El apartado 2.º del artículo 239 le niega eficacia suspensiva de la ejecución del acuerdo.

La sentencia podrá confirmar o anular el acuerdo. En el último caso, procederá la declaración de concurso, siempre que el deudor se halle en situación de insolvencia⁶⁴. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid debatieron sobre los efectos sustantivos de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos y concluyeron acertadamente que desaparecerían los efectos novatorios, aunque debían entenderse consolidados los pagos realizados en su virtud -sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de reintegración⁶⁵. El fallo que resuelve la impugnación deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal y podrá recurrirse en apelación.

4.7. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo (art. 241 LC)

El acuerdo extrajudicial de pagos no pone fin al procedimiento ni libera al mediador concursal de sus obligaciones. La ley le exige que supervise el cumplimiento. Sólo cuando éste se produzca de forma íntegra podrá poner fin a su actividad. Para ello deberá hacer constar el cumplimiento completo del acuerdo en un acta notarial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal. Interesa destacar que no es necesaria la homologación judicial. En caso de incumplimiento deberá instar el concurso del deudor. Además, desaparecerán los efectos novatorios del acuerdo; es decir, en el concurso consecutivo los créditos de los acreedores tendrán la naturaleza que correspondiera a su situación anterior al arreglo extrajudicial de pagos⁶⁶. No obstante, los pagos realizados en ejecución del acuerdo mantendrán su eficacia.

⁶² Habrá que analizar las causas de la falta de convocatoria, pues pueden generar la responsabilidad del mediador concursal. Véase *supra* nota 6.

⁶³ En ese sentido SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 63 s.

⁶⁴ El profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, 59) advierte que no procede la solicitud de concurso hasta que se resuelva la apelación contra la sentencia que anuló el acuerdo extrajudicial de pagos. Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO (*op. cit.*) critica la diferencia existente con la impugnación del convenio concursal pues no se permite la subsanación de defectos procesales (art. 129.1 LC).

⁶⁵ Conclusiones de la Reunión sobre Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013.

⁶⁶ PASTOR, “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, cit. 7 y 12/36.

Interesa recordar que el mediador concursal no tiene derecho a una remuneración adicional por la supervisión del cumplimiento del acuerdo. El juez deberá tener en cuenta esta posibilidad al fijar su retribución.

La Ley no contempla la posibilidad de impugnar la declaración de cumplimiento del mediador concursal. Por desgracia no resulta aplicable el régimen del convenio concursal pues no está previsto que el notario o el registrador competente se pronuncie al respecto; y mucho menos la intervención del juez (art. 139 LC). La única solución que tienen los acreedores es instar el concurso del deudor en caso de que no cumpla regularmente sus obligaciones. No obstante, sería deseable que el legislador regulase esta cuestión.

4.8. Concurso consecutivo

La declaración de concurso del acreedor presenta diversas especialidades cuando es la consecuencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos⁶⁷. En primer lugar, pueden instarlo el mediador concursal, el deudor o los acreedores. Pero el art. 242 no especifica si el instado por el primero es voluntario o necesario y si las facultades de administración y disposición del deudor se hallan intervenidas o suspendidas. Los autores que se han pronunciado consideran que se trata de un concurso necesario⁶⁸.

El mediador concursal debe instar la declaración de concurso consecutivo en tres casos: cuando sea imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el juez anulare el acuerdo al estimar la impugnación presentada y cuando se incumpla⁶⁹. Al declarar el concurso el juez le nombrará administrador concursal, salvo que exista una causa justa que aconseje realizar una excepción. Doctrina autorizada ha criticado esa consecuencia⁷⁰. Algún autor afirma que quiebran dos principios esenciales de la mediación: la imparcialidad y la confidencialidad. En cuanto a la primera, se afirma que

⁶⁷ Al respecto BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 11 ss.

⁶⁸ Así PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 28 s./38; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 19; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcurso del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 141; RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal* ..., cit., 902 y los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en la reunión celebrada el 11 de octubre de 2013. Además los últimos se cuestionaron si un deudor puede desistir de la negociación preconcurso que ha instado y solicitar su declaración de concurso durante el plazo de 3 meses al que se refiere el art. 5 bis. Responden afirmativamente mas califican dicho concurso como consecutivo.

⁶⁹ Cabe recordar que el 236.4 impone al mediador ese deber cuando acreedores que representen la mayoría del pasivo necesariamente afectado por el acuerdo se nieguen a continuar con las negociaciones durante el plazo de diez días que tienen los acreedores para proponer modificaciones o alternativas a la propuesta del mediador concursal.

⁷⁰ PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 20/38; PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 14/18; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 27 ss. y FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, 413 ss. También RODRÍGUEZ CONDE, *op. cit.*, 830 ss., quien mantiene que la mediación concursal introduce diversas excepciones respecto de los principios de la mediación, mas no cuestiona esta naturaleza. En cambio, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, (*op. cit.*, 61) se muestra partidario de la conversión del mediador concursal en administrador concursal por razones económicas. Merecen especial consideración las reflexiones de la profesora GALLEGU (“La mediación concursal”, cit., 30) sobre la aplicación de los principios de neutralidad y confidencialidad a la mediación concursal.

el mediador puede no estar interesado en que no se alcance el acuerdo extrajudicial de pagos porque si se abre el concurso puede tener la posibilidad de cobrar una remuneración adicional. Respecto de la confidencialidad, se argumenta que el deudor no confiará en el mediador concursal si sabe que puede convertirse en administrador concursal y ejercitar acciones de reintegración.

Aunque comparto la preocupación de esa parte de la doctrina, no considero que desaparezcan los aludidos principios. En primer lugar, y en relación a la imparcialidad, el argumento expuesto supone elevar a categoría una patología especial. Es posible que un mediador concursal obre siniestramente para conseguir una remuneración adicional; pero no tiene por qué ser necesariamente así. Además, no cabe identificar imparcialidad con pasividad. Como ha señalado acertadamente una opinión autorizada, el hecho de que el mediador concursal deba elaborar un plan de pagos no significa que se decante a favor de los intereses del deudor⁷¹. El art. 13 de la Ley 5/2012 exige que facilite la comunicación entre las partes a fin de que puedan llegar a un acuerdo. Y si para ello debe hacer una propuesta sobre la que las partes aproximen sus posiciones, bienvenida sea. En cuanto al segundo principio, puede entenderse que la propia ley ampara la potestad del mediador convertido en administrador concursal de utilizar la información recibida durante la fase preconcursal para conseguir la finalidad del concurso⁷². No obstante, la conversión del mediador en administrador concursal resulta criticable pues desincentiva el recurso a esta figura. La razón es que el deudor puede recelar de él pues sabe que puede convertirse en administrador concursal y utilizar toda la información que le haya proporcionado para conseguir la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores.

El concurso se abre directamente por la fase de liquidación. Esa situación plantea un problema pues es posible que sea necesario realizar tareas propias de la fase común, como la determinación de la masa activa y pasiva⁷³. Es cierto que el deudor informó al mediador concursal acerca de sus derechos, bienes y deudas (art. 232.1), y que éste estaba obligado a comprobar la existencia y cuantía de los créditos. Sin embargo, sus facultades estaban muy limitadas; entre otras razones porque el deudor no estaba obligado a colaborar y la ley no prevé que pueda indagar en el patrimonio del deudor. Parece necesario que el administrador del concurso consecutivo proceda a elaborar -o revisar- las masas activa y pasiva. De ahí que el art. 242 declare que los créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial no precisarán reconocimiento en el concurso consecutivo⁷⁴.

Doctrina autorizada ha calificado la apertura del concurso en la fase de liquidación como una sanción excesivamente rígida, que no favorece la opción del

⁷¹ Así GALLEGO, *op. cit.*, 30 s.

⁷² Compartimos así la argumentación de la profesora GALLEGO, *op. cit.*, 34 s. quien, no obstante, subraya que la publicidad prevista para el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos resulta excesiva; especialmente si se compara con el de países de nuestro entorno, como Francia, Bélgica o Alemania.

⁷³ SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 64 s., quien subraya que la no posibilidad de convenio desincentiva la opción por esta figura; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 22 ss. y FERNÁNDEZ SEJO, *op. cit.*

⁷⁴ Al respecto BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 43 ss.

arreglo extrajudicial de pagos⁷⁵. A pesar del acierto de la reflexión, también deberá tenerse en cuenta que la fase del convenio carece de sentido cuando los acreedores se han negado a negociar o el deudor ha incumplido el acuerdo. En esos casos no tiene mucho sentido mantener la posibilidad de acudir a un convenio. En cambio, sí puede tenerlo cuando el acuerdo ha sido anulado. De ahí que sea necesario introducir cierta flexibilidad en la ley en este ámbito.

Los gastos del expediente extrajudicial y los créditos generados durante el mismo tendrán la consideración de créditos contra la masa, a la que ya nos hemos referido. La especialidad del concurso afecta también a las acciones de reintegración; en particular, al momento del cómputo del plazo de dos años. Mientras que la regla general es que empieza a contarse desde la fecha de la declaración de concurso, en el caso del concurso consecutivo se toma como punto de partida la fecha de solicitud de nombramiento del mediador⁷⁶. Consecuencia de esta norma es que no resulta posible rescindir los acuerdos a los que se haya llegado, pese a que la Ley no lo prevea específicamente como sí hace con los acuerdos de refinanciación⁷⁷.

Por último, si el concurso se califica como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de los créditos de Derecho público, siempre que se hayan pagado los créditos contra la masa y los concursales privilegiados. Por lo tanto, no se exige que también se haya satisfecho el 25% de los créditos concursales ordinarios como sí dispone la regla general del art. 178.2 LC⁷⁸.

5. CONCLUSIONES

El análisis del régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos revela una serie de deficiencias que explican que no se utilice en la práctica. La primera se refiere al ámbito

⁷⁵ PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 22/38 y BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 23 ss., quien subraya que el acuerdo extrajudicial de pagos y el convenio concursal tienen presupuestos diversos y que sus partes no son necesariamente las mismas. En contra, GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 58 s.

⁷⁶ Así lo entendieron los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en la reunión celebrada el 11 de octubre de 2013. Críticamente, BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 36 ss.

⁷⁷ Esa diferencia fundamenta la posición de la profesora GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 50 s., quien mantiene que cabe rescindir los acuerdos extrajudiciales de pagos. En cambio, FERNÁNDEZ DEL POZO (“La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 149) mantiene que no cabe la rescisión puesto que el plazo de dos años para ejercitar las acciones de reintegración se cuenta a partir de la solicitud de mediación concursal.

⁷⁸ De ahí que el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia propusiera modificar el art. 242.2.5 para armonizar el régimen general del art. 178.2 y el del concurso consecutivo. Se trataba de la enmienda núm. 10 al Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOCG. Serie A. Núm. 89-2, de 10.11.2014, pág. 11).

Por otra parte, la solución del art. 242.2.5.º dista de ser paradigmática. Por una parte, va a resultar muy difícil que puedan satisfacerse los créditos contra la masa y los privilegiados. Por otra, no se incluyen en la remisión los créditos de Derecho público. Así GALLEGU, “La mediación concursal”, cit., 60. También críticamente véase MIRANDA, “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores ...”, cit., 12/20.

de aplicación. La exclusión de los créditos de Derecho público y el hecho de que los que cuentan con garantía real sólo resulten afectados si deciden adherirse voluntariamente no invita a buscar el acuerdo. La razón es que fácilmente representan la parte principal del pasivo, con lo que no tiene mucho sentido esforzarse por conseguir un arreglo con el resto. Por otra parte, debería permitirse que los consumidores pudieran hacer uso de esta institución o arbitrar un sistema parecido para ellos.

En segundo término, la gran desjudicialización de la institución provoca la desconfianza de los acreedores. Efectivamente, no existen mecanismos para comprobar que el deudor reúne los requisitos para acceder a la figura, que la documentación presentada es correcta y tampoco para impugnar el nombramiento del mediador concursal. Lo mismo sucede con la declaración de cumplimiento del acuerdo: la única arma que tienen los acreedores es solicitar la declaración de concurso del deudor que, aparentemente, ha cumplido las obligaciones asumidas en el arreglo extrajudicial de pagos. La limitación de las facultades del registrador o del notario que nombran al mediador contribuye a agravar la situación.

Igual sucede con la conversión del mediador concursal en administrador concursal. Es cierto que permite ahorrar costes y tiempo, pero puede generar la desconfianza del deudor que será reticente a proporcionarle determinada información si sabe que la puede utilizar en contra suya en caso de abrirse el concurso consecutivo. En caso de que se decidiera poner fin a la conversión, debería revisarse el estatuto jurídico del mediador concursal, tanto los requisitos para acceder al cargo como el régimen de la retribución.

Los preceptos legales contienen determinadas imprecisiones que contribuyen a recelar de la institución. El legislador debería corregirlas para evitar que repercutan negativamente en su utilización. Así sucede con la determinación de la persona que fija la remuneración del mediador concursal. En segundo término, debería aclararse si los límites del art. 236.1 se aplican también a las contrapropuestas de los acreedores y si debe ser expresa o implícita la negativa de los acreedores a negociar que obliga al mediador concursal a solicitar el concurso del deudor. También debería precisarse mejor cuál es el *dies a quo* del plazo de diez días para impugnar el acuerdo extrajudicial de pagos y si cabe rescindir el acuerdo extrajudicial de pagos *ex art.* 71 de la Ley Concursal. Asimismo, debería aclararse si es posible realizar actos propios de la fase común durante la fase de liquidación del concurso consecutivo. A nuestro modesto entender, la mejor solución sería introducir cierta flexibilidad sobre la apertura del mismo por la fase de liquidación.

Por último, existen buenos argumentos para negar que el acuerdo extrajudicial de pagos pueda reconducirse a la categoría de la mediación. Sin embargo, creemos que es posible mantener esa tesis; eso sí, con un gran esfuerzo exegético. Consideramos que se pueden explicar los desvíos de su régimen jurídico por la existencia de una pluralidad de acreedores, por la necesidad de dispensarles un trato paritario y por la precaria situación económica en que se halla el deudor.